jusbrasil.com.br

22 de Novembro de 2019

Lei 7.210/84 - Resumo da Lei de Execução Penal

1. Do objeto e da aplicação da LEP.

• Para a compreensão da Lei de Execução Penal, é necessário que alguns conceitos sejam previamente conhecidos. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que, na esfera criminal, é possível que alguém seja preso cautelarmente, quando ainda não exista sentença condenatória transitada em julgado. Nesta hipótese, apesar de a pessoa ser inocente – afinal, não foi condenada -, a restrição de sua liberdade é essencial para a defesa de interesses maiores, como a ordem pública, na prisão preventiva. Por isso, fala-se em “cautela”, sinônimo de

cuidado. Há algo a ser preservado e o único meio de proteção é a prisão desse indivíduo, intitulado preso provisório. Há três prisões cautelares: a prisão em flagrante, regulada nos artigos 301/310 do CPP, a prisão preventiva, prevista nos artigos 311/316, também do CPP, e a prisão temporária, da Lei 7.960/89.

• Além das prisões cautelares, há a prisão decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado, hipótese em que já não se fala em prisão como cautela, mas como sanção pela infração penal praticada. Em seus artigos 1º e 2º, parágrafo único, a Lei 7.210/84 afirma expressamente o seu alcance tanto aos presos condenados quanto aos presos provisórios. Portanto, estão abrangidas todas as prisões vistas anteriormente, de natureza cautelar, e a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado. No entanto, veja a ressalva a seguir.

• Atualmente, ninguém permanece preso em razão de prisão em flagrante. Explico: após a voz de prisão (CPP, art. 301), deve ser lavrado um Auto de Prisão em Flagrante, e, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o auto deve ser encaminhado ao juiz competente (CPP, art. 306, § 1º), que decidirá pela decretação da prisão preventiva (se presentes os requisitos do art. 312 do CPP), pela concessão de liberdade provisória (se ausentes os requisitos mencionados anteriormente) ou pelo relaxamento da prisão em flagrante, quando ilegal, conforme art. 310 do CPP. Ou seja, o máximo que alguém pode permanecer preso em razão de flagrante é por 24 (vinte e quatro) horas, que é o prazo para a lavratura do APF e o seu encaminhamento ao juiz. Dessa forma, a LEP não seria, em regra, aplicável ao preso provisório em razão de flagrante.

• Quanto ao preso estrangeiro que cumpre pena no Brasil, é claro que a LEP é aplicável à execução de sua pena. Não há motivo para distinção, afinal, a CF estende a ele, em seu art. 5º, os direitos fundamentais reservados aos brasileiros. Mas, e se o preso estiver em situação irregular no país? Sobre o tema, assim se manifestou o STJ, no Informativo n. 535/14: “O fato de estrangeiro estar em situação irregular no país, por si só, não é motivo suficiente para inviabilizar os

benefícios da execução penal. Isso porque a condição humana da pessoa estrangeira submetida a pena no Brasil é protegida constitucionalmente e no âmbito dos direitos humanos. Com efeito, esses são aplicáveis não só às relações internacionais, mas a todo o ordenamento jurídico interno, principalmente às normas de direito penal e processual penal, por incorporarem princípios que definem os direitos e garantias fundamentais." (HC 274.249-SP, Relatora Marilza Maynard - Desembargadora convocada do TJ-SE -, julgado em 4/2/2014).

• No art. 1º, a LEP afirma que os seus regramentos também são aplicáveis aos internados. Entenda: na hipótese de inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (CP, art. 26) na época da ação ou omissão criminosa, o réu não é condenado, mas absolvido. No entanto, a ele é aplicada a intitulada medida de segurança, que consiste em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, ou em sujeição a tratamento ambulatorial. Como, de certa forma, ele está sendo punido, fala-se em absolvição imprópria, e, caso a internação lhe seja imposta, a lei o considerará "internado", sujeito ao que a LEP dispõe por expressa previsão em seu art. 1º. No entanto, cuidado: o menor de dezoito anos também é inimputável, mas a ele não é aplicável a LEP na hipótese de ato infracional.

• O art. 2º da LEP possui a seguinte redação: "A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal". Na prática, o que o dispositivo que dizer é que a atuação do Poder Judiciário não está limitada ao processo de conhecimento, mas também à execução penal. Em consequência disso, em execução, incidem todos os princípios da ação penal que gerou a condenação, a exemplo da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da publicidade etc.

• A respeito da competência, alguns pontos importantes: a Lei 7.210/84 é aplicável aos condenados pelas Justiças Eleitoral e Militar (jurisdição especial), como expressamente prevê o art. 2º, parágrafo único, e não

somente aos condenados da Justiça Comum. No entanto, em sua prova será questionado o seguinte: e se um condenado pela Justiça Federal cumpre pena em um presídio estadual, a quem competirá julgar pedidos relacionados à execução Penal? Justiça Estadual? Justiça Federal? A resposta está no Verbete n. 192 da Súmula do STJ: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a Execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a Administração Estadual.". Ou seja, se o presídio é estadual, os pedidos devem ser endereçados à Justiça Estadual, pouco importando o fato de a sentença condenatória ser oriunda da Justiça Federal, e vice-versa, na hipótese em que um condenado pela Justiça Estadual cumpre pena em um presídio federal.

• Por fim, quanto ao objeto, a LEP assim dispõe em seu art. 1º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.". Perceba que a lei é expressa em dizer que o objetivo da execução da pena é a reintegração à sociedade daquele punido por sanção penal. Ademais, a execução visa a efetivação do que dispõe a sentença, como se dá em outras esferas do Direito. O dispositivo fala, ainda, em decisão criminal, em referência a decisões interlocutórias proferidas durante a execução (ex.: decisão que determina a progressão de regime).

2 Da permanência de direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei.

• O art. 3º da LEP possui a seguinte redação: "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.". A redação é clara: o preso, provisório ou definitivo, mantém todos os direitos dos demais cidadãos, exceto aqueles privados por força de lei e pela sentença condenatória. Alguns direitos que podem ser privados são mais evidentes, como a restrição da liberdade de ir e vir, na hipótese de sentença condenatória que

impõe o regime fechado para o cumprimento de pena. Outros, no entanto, podem gerar dúvidas – e são exatamente os que cairão em sua prova. Veremos alguns exemplos a seguir.

• A Constituição Federal, em seu art. 5º, XII, assim dispõe: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Quanto à interceptação das comunicações telefônicas, não há o que se falar, afinal, ao preso não é assegurado acesso a telefones. No entanto, há algum tempo, o STF enfrentou a seguinte questão: o preso tem direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência? A resposta é afirmativa, mas com ressalva: "A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da lei 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas." (HC 70814/SP).

• No art. 41 da LEP, estão elencados os direitos do preso – não farei a transcrição para que este material não seja cópia da lei, mas peço ao leitor para que faça a leitura do dispositivo. No parágrafo único do mesmo dispositivo, há a previsão de restrição, pelo diretor do estabelecimento prisional, dos seguintes direitos do preso: a) à proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; b) à visitação; c) ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. O porquê deste parágrafo: caso caia em prova algum questionamento acerca de necessidade de decisão judicial para que o preso tenha algum direito restringido dentre aqueles do dispositivo mencionado, perceba que a LEP legitima o diretor do presídio a impor as privações sem prévia manifestação judicial.

• É direito do preso a entrevista pessoal e reservada com o advogado (art. 41, IX). Em um determinado presídio, a administração exigiu que a conversa fosse feita por meio de interfone, sem qualquer interferência na comunicação. O advogado entendeu, no entanto, que a vedação de comunicação direta, sem ser por meio eletrônico, violaria o direito de entrevista, e impetrou HC questionando a imposição. O STJ assim se manifestou sobre o assunto: "1. Conforme atestado pela autoridade administrativa competente, ao paciente foi assegurada a sua entrevista de forma reservada e pessoal com o seu causídico constituído, cuja comunicação foi estabelecida por meio de interfone, livre de interferência de qualquer agente biológico, ou seja, respeitando-se a privacidade e sigilo que são inerentes ao exercício da advocacia. 2. E, ainda que assim não fosse, depreende-se que o paciente entrevistou-se reservada e pessoalmente com o seu causídico por ocasião da realização do seu interrogatório, circunstância que afasta do alegado constrangimento ilegal. Precedentes. 3. Ordem denegada." (HC 130.894/SP).

• A Constituição Federal, em seu art. 15, III, impõe a suspensão dos direitos políticos na hipótese de sentença criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos. E em relação ao preso provisório, deve ser mantido o seu direito ao voto? A resposta é sim, pois não há qualquer suspensão de direitos políticos em razão de decretação de prisão preventiva, por exemplo.

3 Da classificação do condenado e a individualização da pena.

• Não seria possível a ressocialização do condenado se todos os presos fossem tratados da mesma forma, sem distinção. Não falo, é claro, de regalias ilegais ou imorais, mas de respeito à individualização da pena, de acordo com os antecedentes e a personalidade de cada sentenciado. Portanto, é direito do preso que o Estado o conheça, que o identifique e o distinga do restante da população carcerária, para que sejam

buscados os melhores meios para a sua reintegração à sociedade através da imposição de pena. A classificação é realizada por uma comissão, nos termos do art. 6º da LEP.

• Não por outro motivo, a Lei 13.167/15 alterou o art. 84 da LEP, devendo ser adotados os seguintes critérios de separação de presos: "§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. § 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.".

• Ademais, como a individualização é direito do condenado, é obrigatória a realização do exame de classificação no início da execução penal. Nele, devem ser avaliados a personalidade e os antecedentes do condenado, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa e demais aspectos pessoais, e, tendo por base esse levantamento, uma Comissão Técnica de Classificação, existente em cada unidade prisional, deve elaborar o "programa individualizador da pena privativa de liberdade" (art. 6º), para que o preso cumpra a sua pena de forma satisfatória, tendo em vista, sempre, a sua ressocialização.

• Não se pode confundir, no entanto, o exame de classificação, realizado no início da execução da pena, com o criminológico, previsto no art. 8º da LEP. Enquanto naquele a análise é mais genérica, e tem como objetivo a adoção da melhor forma de cumprimento da pena, no exame criminológico ocorre a avaliação psicológica e psiquiátrica do

condenado, voltada a identificar a agressividade, a periculosidade, a maturidade, os vínculos afetivos, e, com base nisso, pode-se concluir a respeito da possibilidade de sua volta à vida criminosa. Para o condenado ao regime inicial fechado de cumprimento de pena, o exame criminológico é obrigatório. Para o condenado ao regime semiaberto, no entanto, é facultativo, pois assim dispõe o art. 8º, parágrafo único, embora muitos doutrinadores não concordem e entendam pela obrigatoriedade em ambos os casos.

• Como o exame criminológico tem por objetivo a avaliação psicológica e psiquiátrica do condenado, é indiscutível a sua importância no momento em que se avalia a possibilidade de progressão de regime. No entanto, ele não é obrigatório para a concessão do benefício, mas facultativo, como se extrai do art. 112 da LEP e de diversos julgados do STF, embora o magistrado não esteja impedido de determinar a sua realização, desde que fundamentadamente.

4 Da identificação do perfil genético.

• A LEP, em seu art. 9º, determina a obrigatória identificação do perfil genético do condenado em duas hipóteses: crimes dolosos com violência de natureza grave contra a pessoa e em qualquer dos crimes hediondos (Lei 8.072/90, art. 1º). De constitucionalidade questionável, embora não exista nenhum julgado reconhecendo a violação à Constituição, trata-se de hipótese de identificação criminal, que deve ser realizada ainda que identificado civilmente o condenado. A identificação se dá pela extração de DNA, e a técnica deve ser adequada e indolor, e as informações devem ser armazenadas em banco de dados sigiloso.

5 Da assistência ao preso.

• Para que seja possível a ressocialização, é essencial que o preso seja assistido em suas necessidades. Por isso, o Estado está obrigado a fornecer, direta ou indiretamente, assistência material, à saúde,

jurídica, educacional, social e religiosa. Ou seja, a ele, o preso, deve ser fornecida estrutura, material e imaterial, para que volte a conviver em paz com a sociedade. Contudo, de nada adiantaria a assistência durante o cárcere se, no momento da soltura, houvesse o total desamparo. Por esse motivo, a LEP, em seu art. 10, parágrafo único, estende aos egressos o direito à assistência, para que o processo de ressocialização tenha maior chance de êxito e o preso não volte a delinquir. São considerados egressos: a) o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; b) o liberado condicional, durante o período de prova.

• A LEP elenca expressamente as formas de assistência: "Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III -jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.". Embora a assistência, como já dito, seja garantida ao preso e ao egresso, não vejo razão para que se assegure a quem já se encontre em liberdade a assistência religiosa, afinal, ao recuperar o direito de ir, vir e ficar, compete a cada um buscar, por seus próprios meios, os caminhos da fé. O mesmo não ocorre com o recluso, que precisa de apoio do Estado para ter acesso à religião. Não por outro motivo, a LEP determina que o estabelecimento, prisional ou de internação, deve oferecer local apropriado para os cultos religiosos (art. 24, § 1º). Ademais, é permitido ao preso a posse de livros de instrução religiosa. No entanto, o preso ou internado não pode ser obrigado a frequentar os cultos religiosos, e a ausência de crença não pode pesar em seu desfavor em hipótese alguma.

• Em respeito à dignidade da pessoa humana, o preso e o internado fazem jus à assistência material, consistente em fornecimento de alimentação, vestuário e objetos de higiene pessoal. Também integra a assistência material a manutenção de local apropriado para o cumprimento da pena. Nada impede, no entanto, que o Estado utilize a mão-de-obra do próprio preso para a prestação dessa assistência – por exemplo, o preso trabalhar na cozinha da unidade ou em serviço de conservação da estrutura do prédio -, evitando, assim, a terceirização de serviços da unidade prisional ou de internação. Contudo, a assistência material jamais poderá ser condicionada à prestação desses

serviços. Caso o preso trabalhe, terá direito à remição – a cada três dias trabalhados, um dia de sua pena é descontado. Isso não significa, todavia, que fará jus à remição por manter a sua cela limpa, pois se trata de dever a ele imposto (art. 39, IX).

• Ademais, deve ser assegurado ao preso a assistência à saúde. Embora, na prática, o Estado deixe a desejar, é sua obrigação garantir que o condenado ou internado permaneça saudável durante o tempo em que estiver sob sua custódia, devendo fornecer atendimento médico, odontológico e farmacêutico. Caso a unidade prisional não possa fornecer o adequado serviço de saúde, deve o preso ser encaminhado a estabelecimento de saúde que possua estrutura suficiente para o tratamento. Ademais, é garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (art. 43). Nesta hipótese, havendo divergências entre os médicos oficial e particular, serão elas resolvidas pelo juiz da execução.

• Estando o condenado acometido por doença grave, é possível o seu recolhimento em residência particular (art. 117, II). Embora a LEP autorize o benefício apenas ao preso em regime aberto (117, "caput"), o STJ admitiu, em alguns julgados, a extensão ao preso em regime fechado: "1. Não se descura que esta Corte Superior, em casos excepcionais, tem admitido a prisão domiciliar a condenados portadores de doenças graves, que estejam cumprindo pena em regime fechado, desde que demonstrada a impossibilidade de receberem o tratamento adequado no estabelecimento prisional. 2. No caso, indemonstrado o real estado de saúde do Paciente, porque o mandado de prisão para o inicial cumprimento da pena ainda não foi cumprido e o apenado não se submeteu aos exames médicos solicitados pelo Juízo das Execuções, para comprovar a absoluta impossibilidade de tratamento dentro da unidade prisional. Assim, o direito de recolhimento à prisão domiciliar não restou configurado. 3. Ordem denegada." (HC 212.526/DF). Também é possível a prisão domiciliar para o preso provisório acometido de doença grave (CPP, art. 318, II).

• Por fim, ainda em relação à assistência à saúde, o Estado deve fornecer à presa gestante acompanhamento médico, desde o pré-natal até o pós-parto, e esses cuidados devem ser estendidos ao recém-nascido. Ademais, os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los até, no mínimo, 6 (seis) meses de vida. Além disso, a unidade prisional deve oferecer meios que permitam o contato da presidiária com seu filho até, ao menos, os 7 (sete) anos de idade, nos termos do art. 89, "caput".

• A Constituição Federal assegura assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Da mesma forma, a LEP, de forma expressa, em seu art. 15, impõe assistência jurídica aos presos ou internados que não possuam condição para constituir advogado. Isso não significa, no entanto, que a assistência não será fornecida a quem possui condições financeiras mas se nega a constituir advogado particular, afinal, o direito à ampla defesa não pode ser afastado em hipótese alguma. Como já comentado anteriormente, a execução penal é procedimento judicial, e todos os princípios aplicáveis ao processo de conhecimento também são a ela devidos, sob pena de nulidade na hipótese de inobservância. Em regra, a assistência jurídica será prestada pela Defensoria Pública, e, excepcionalmente, por defensor dativo, onde a instituição não prestar atendimento.

• Como meio de ressocialização, o preso tem direito à assistência educacional. De inegável importância para a formação de qualquer pessoa, e por ser direito de todos (CF, art. 205), o estudo é utilizado, inclusive, para fins de remição de pena (art. 126). Ademais, para estimular ainda mais o preso a estudar, além da remição, a LEP autoriza a sua saída temporária, quando em regime semiaberto, para frequentar curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do ensino médio ou superior (art. 122, II). Embora não esteja obrigado a estudar, a frequência a cursos profissionalizantes pode pesar na concessão de benefícios. A título de exemplo, para a concessão de livramento condicional, o juiz deve observar se o preso possui "aptidão

para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto" (CP, art. 83, III). Portanto, o fato de estar estudando é elemento indicador à ressocialização do condenado.

• Preocupado em também garantir a profissionalização das presidiárias, a LEP determina que a mulher condenada tem direito ao ensino profissional adequado à sua condição. Caso a unidade prisional não possa oferecer as atividades educacionais, pode a Administração Pública firmar convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

• O assistente social é profissional de imensurável valor para a ressocialização do preso. Aquele que comete um delito não está integrado à sociedade como as demais pessoas – afinal, quem pratica um crime demonstra personalidade egoísta, pois viola bem jurídico alheio em proveito próprio, e, após um tempo preso, esse distanciamento social é ainda maior. Por isso, além de assistência material, à saúde e educacional, é necessário que o Estado crie uma "ponte" entre o condenado e a sociedade, para que seja possível a sua reintegração, e isso se dá pela assistência social. Não por outro motivo, os assistentes sociais devem obrigatoriamente integrar as Comissões Técnicas de Classificação, vistas anteriormente (veja o art. 7º da LEP).

• A Constituição, em seu art. 5º, VI, assegura o livre exercício de culto religioso como garantia fundamental. Ao preso ou internado, deve ser mantido o acesso à crença que quiser, devendo o estabelecimento prisional fornecer local apropriado para o exercício de práticas religiosas (art. 24, § 1º). Da mesma forma, é garantido o direito de não possuir qualquer crença, escolha que não pode ser utilizada contra ele em exame criminológico.

• Inicialmente, vimos que a assistência deve ser estendida ao egresso, pois, para que seja efetivo, o processo de ressocialização deve ter continuidade mesmo após o cárcere. Para a LEP, são egressos: a) o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; b) o liberado condicional, durante o período de prova. Além de assistência social, o egresso faz jus à assistência material.

Tanto o é que, em seu art. 25, II, a LEP assegura o direito a alojamento e alimentação, pelo período de 2 (dois) meses, após deixar o cárcere. No entanto, esse suporte deve se dar de forma excepcional. Se necessário, o prazo pode ser prorrogado por uma única vez, desde que demonstrado que o egresso tem se esforçado para conseguir um emprego. O Estado deve auxiliar nessa busca do egresso por atividade remunerada.

• No art. 26 da LEP está a figura do patronato, que tem como função prestar assistência aos albergados e aos egressos. O patronato, órgão da execução penal, pode ser público ou particular, e são suas incumbências: a) orientar os condenados à pena restritiva de direitos; b) fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana; c) colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

6 Do trabalho.

• Em razão de sua função ressocializadora, o trabalho, que consiste em atividade desempenhada pelo preso dentro ou fora do estabelecimento prisional, consiste em obrigação a ele imposta. No entanto, ao ler "obrigação", o leitor deve se questionar: a Constituição não veda a pena de trabalhos forçados? Como é possível que a Constituição proíba o trabalho forçado mas a LEP considere o trabalho como obrigação? Explico: o preso não pode, por meio de castigos físicos, ser obrigado a trabalhar. Ademais, não está obrigado a trabalhar sem que exista benefício ou remuneração em contrapartida. Nestas duas hipóteses, teríamos o trabalho forçado, vedado pela Constituição. No entanto, por estar o preso obrigado a trabalhar, a sua recusa indevida ao trabalho configura falta grave (art. 50, VI), mas nada mais pode ser feito em seu desfavor. Quanto ao condenado político, ele não está obrigado ao trabalho (art. 200).

• O trabalho do preso deve ser obrigatoriamente remunerado, não podendo o valor ser inferior a ¾ (três quartos) do salário-mínimo. No entanto, as suas atividades laborais não são regidas pelas CLT – a LEP expressamente afirma que o trabalho do preso não está sujeito à Consolidação das Leis do Trabalho. Portanto, não há o que se falar em 13º ou gozo de férias. Isso não significa, contudo, que o preso não tenha direito a condições dignas de trabalho, como qualquer outro trabalhador. A título de exemplo, não faz jus ao pagamento de hora-extra, mas não pode ser forçado a trabalhar em jornada de trabalho desumana. Na hipótese de acidente de trabalho, a indenização deve ser pleiteada em jurisdição comum, e não na Justiça do Trabalho.

• A cada três dias trabalhados, um dia da pena é descontado por força do instituto da remição. Dessa forma, enquanto exerce a atividade, além de contraprestação financeira, o trabalhador preso tem sua pena reduzida, ainda que o trabalho seja uma obrigação a ele imposta. No entanto, só devem ser contabilizados os dias efetivamente trabalhados para fins de remição, não havendo o que se falar em desconto durante o repouso semanal. Como já explicado, o trabalho do preso não é regido pela CLT. Entretanto, na hipótese de acidente de trabalho, estando incapacitado de voltar à atividade, o preso faz jus à remição, embora não esteja efetivamente trabalhando. O STJ assim esclarece: "Somente o preso que fique impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição, nos termos do § 4º do art. 126 da Lei de Execução Penal. Aquele que nem sequer iniciara o trabalho para a remição, mesmo que não tenha capacidade laborativa em razão de sua invalidez, não pode obter o benefício de maneira fictícia." (HC 261.514/SP, julgado em 19/08/2014).

• O trabalho exercido pelo preso pode ser interno, no interior da unidade prisional, ou externo. Como já explicado, o trabalho é obrigação imposta ao preso, e a sua recusa indevida é causa de falta grave. Em relação à obrigação, uma importante ressalva: o preso provisório não está obrigado a trabalhar, mas, caso queira exercer alguma atividade laborativa, deve ser sempre interna. Seja qual for a natureza do trabalho, interna ou externa, deve ser sempre remunerada,

mas não é aplicável a CLT. No entanto, a seguinte questão pode ser exigida em sua prova: o preso em regime aberto que exerce atividade externa pode ser empregado nos termos da CLT? Ou a vedação à CLT, prevista no § 2º, do art. 28, da LEP, é aplicável a presos em qualquer regime? Na jurisprudência, prevalece o entendimento de que o trabalho externo prestado por condenado em regime aberto não configura o trabalho prisional, devendo, sim, ser regido pela CLT, como qualquer outra relação de trabalho. Da mesma forma, há julgados que reconhecem a relação de emprego, nos termos da CLT, na hipótese de preso em regime semiaberto que exerce atividade laborativa externa. Contudo, em relação ao preso em regime fechado, o trabalho jamais poderá ser regido pela CLT, seja interno ou externo, e, quanto aos demais regimes, quando interno o trabalho, a CLT também será afastada.

• Com o pagamento recebido, deve o preso indenizar o dano causado pelo crime, garantir assistência à sua família, ressarcir o Estado pelas despesas com a sua manutenção e pagar pequenas despesas pessoais. O restante deve ser depositado em caderneta de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade (art. 29, § 2º). Na hipótese de o trabalho consistir em prestação de serviço à comunidade decorrente de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não haverá remuneração.

• Como já vimos, o trabalho pode ser externo ou interno. O trabalho interno, obrigatório, é aquele realizado no próprio estabelecimento prisional, e será atribuído ao preso levando-se em consideração suas aptidões e capacidade. O trabalho não precisa ser necessariamente braçal, afinal, não se trata de punição – nada impede que um profissional da saúde exerça o seu ofício na enfermaria do estabelecimento. Esqueça a imagem do homem preso a uma bola de ferro, em uniforme listrado e quebrando pedras. Por isso, o exame de classificação inicial é importante, pois é nele em que será avaliada a capacidade laborativa do preso. Ademais, o serviço não precisa ser relacionado à conservação da unidade prisional, podendo consistir na

produção de bens ou produtos, que serão preferencialmente vendidos a particulares, e, caso isso não seja possível, à Administração Pública (art. 35).

• Por mais que o trabalho interno não seja regido pela CLT, o preso não deve ser submetido a jornadas de trabalho excessivas. Por isso, a jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) e nem superior a 8 (oito) horas diárias, com descanso aos sábados e feriados. No entanto, o descanso não é contado para fins de remição. A LEP, todavia, excepciona, e afirma que a jornada poderá ultrapassar o período máximo de 8 (oito) horas. Neste caso, como não se fala em hora-extra, o preso será recompensado com a contabilização de mais um dia de trabalho para a remição – a cada 3 (três) dias, desconta-se 1 (um) dia da pena. Os maiores de 60 (sessenta) também estão obrigados a trabalhar, assim como os deficientes físicos. Contudo, o serviço deve ser adequado às condições físicas dessas pessoas.

• Quanto à hora extraordinária, uma observação deve ser feita: a remição leva em consideração dia trabalhado, e não hora. Como comentado, o excesso, além do limite de 8 (oito) horas, deve ser considerado como um novo dia de trabalho. Isso não significa, no entanto, que, caso o preso trabalhe 9 (nove) horas, uma hora além do limite, um dia cheio de trabalho será considerado. Neste caso, a hora a mais será considerada exatamente como hora a mais, como fração de dia trabalhado, e o preso deverá trabalhar, no mínimo, outras 5 (cinco) horas para completar mais um dia de trabalho – lembre-se que a jornada mínima para a remição é de 6 (seis) horas. Nesse sentido, STJ: "1. O recorrido trabalhou, de fato, prestando um serviço essencial à estrutura do estabelecimento prisional, laborando além da carga horária prevista em lei, fazendo-se necessário que se lhe conceda pretendida remição de pena, até por tratar-se de direito subjetivo público. 2. Se o condenado desempenhar atividade laboral fora do limite máximo da jornada de trabalho (8 horas diárias), o período excedente deverá ser computado para fins de remição de pena, considerando-se cada 6 (seis) horas extras realizadas como 1 (um) dia de trabalho. Precedentes." (REsp 1064934/RS).

• O trabalho externo é aquele realizado fora da prisão. Com frequência, pergunta-se em prova se é possível para o preso em regime fechado. A resposta é afirmativa, mas somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina (art. 36). No entanto, deve ser hipótese excepcional. O ideal é que a Administração Pública forneça meios para que o preso realize o serviço no interior do estabelecimento prisional.

• Por questões de segurança, o limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. O trabalho, é claro, deve ser remunerado, na forma como já explicado em linhas anteriores.

• No filme "Um Sonho de Liberdade", o diretor do estabelecimento utiliza mão-de-obra de presos em prol de pessoas jurídicas com fins lucrativos. A ideia é simples: baixo custo de produção, por não existir contraprestação financeira aos trabalhadores, e margem de lucro mais alta. Para que isso não ocorra na vida real, em nosso país, a LEP impõe que a prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso, e, na hipótese de recusa, não há o que se falar em falta grave. O preso não pode ser utilizado como mão-de-obra de baixo custo e livre de obrigações trabalhistas por empresas privadas.

• A permissão de trabalho externo ao preso em regime fechado depende de alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Os requisitos de natureza subjetiva são: a) a aptidão para a realização do serviço; b) a disciplina, avaliada segundo o seu comportamento no estabelecimento prisional; c) a responsabilidade, baseada no bom desempenho em atividades no estabelecimento prisional. A LEP traz um único requisito objetivo: o preso deve ter cumprido, no mínimo, 1/6 (um sexto) da pena. A exigência temporal é lógica: para o legislador, é o tempo mínimo para que se avalie a disciplina e a responsabilidade, dois dos requisitos subjetivos. A autorização para o trabalho externo cabe à direção do presídio, não sendo necessária decisão judicial (art. 36).

• E se, mesmo presentes os requisitos subjetivos e objetivos, o Estado não puder garantir a vigilância do preso em regime fechado em trabalho externo? Para o STJ, “A permissão para trabalho externo, aos reeducandos do regime fechado de cumprimento de pena, está subordinada à capacidade e à disponibilidade de vigilância do Poder Público, considerada a possibilidade de fuga, e, ainda, à fiscalização estatal, no exercício do poder disciplinar sobre os apenados em cumprimento de pena.” (AgRg no AREsp 492982/MG). Por mais injusto que pareça, pois se trata de benefício negado por inoperância estatal, a jurisprudência tem entendido que, nessas hipóteses, o trabalho externo não pode ser autorizado.

• O benefício do trabalho externo será revogado quando o preso: a) pratica fato definido como crime. Não é preciso que o preso seja processado e condenado para a revogação; b) comete e é punido por falta grave. Neste caso, a revogação deve ser precedida do procedimento para averiguação do ocorrido, respeitado o contraditório; c) tem comportamento inadequado no trabalho que lhe foi designado. A responsabilidade e a disciplina são requisitos subjetivos do benefício. Caso inexistam ou deixem de existir posteriormente, a autorização para o trabalho externo deve ser revogada.

7. Dos deveres e dos direitos do preso.

• Para que seja viável a ressocialização, a LEP elenca uma série de deveres inerentes ao preso (veja o art. 39). O rol está baseado em submissão ao que a lei impõe, por sentença ou não, e à boa convivência com as pessoas que o rodeiam enquanto cumpre a pena. A violação de algum dos deveres pode fazer com que o preso sofra sanções disciplinares. Além disso, como a análise comportamental é levada em consideração durante toda a execução, a oposição aos deveres pode causar a não concessão ou a revogação de benefícios já concedidos. Os

deveres também são aplicáveis aos presos provisórios, exceto, é claro, aqueles decorrentes de sentença penal condenatória transitada em julgado, a exemplo da indenização à vítima (art. 39, VII).

• Além de deveres, o preso tem direitos. Em seu art. 41, em rol exemplificativo, a LEP traz uma porção deles. Alguns são óbvios, como o direito à alimentação e vestuário. Outros, nem tanto, e são exatamente os que serão exigidos em sua prova, como o direito à Previdência Social (art. 41, III). Sobre o tema, há muita celeuma em torno do auxílio-reclusão, um suposto prêmio ao preso. No entanto, vale frisar que o auxílio só é devido quando a pessoa presa era, anteriormente à prisão, contribuinte da Previdência Social. Não existe carência para requerer o benefício. Por isso, a partir do momento em que passou a contribuir, ocorrendo a prisão do segurado por condenação ao regime fechado ou semiaberto, pode o dependente requerer o benefício.

• O preso provisório ou definitivo tem direito à proteção contra qualquer forma de sensacionalismo (inciso VIII). Como já vimos, o preso só é privado de direitos em razão de expressa ordem legal ou por determinação oriunda de sentença ou de decisão judicial. Não há, em nossa legislação, a previsão de perda das garantias à integridade moral, à honra e à imagem, todas de origem constitucional. Portanto, as chacotas em programas televisivos e as prisões sensacionalistas são vedadas e os seus responsáveis devem ser punidos. Na prática, no entanto, sabemos que é comum essa forma de violência. Não por outro motivo, o STF editou a Súmula Vinculante n. 11, que possui o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”.

• O direito à visita também conta com previsão expressa (inciso X). O preso tem direito a ser visitado pelo cônjuge, companheiro, parentes e amigos, em dias determinados. Embora a lei fale em “companheira”, é

claro que a presa também faz jus à visita do companheiro do sexo masculino. Não seria justo pensar de forma diversa. Apesar de se tratar de direito, pode o diretor do estabelecimento, por ato motivado, suspendê-lo ou restringi-lo – por exemplo, por questão de segurança. Quanto à visita íntima, não há qualquer previsão legal, e a sua concessão se dá a critério da administração do estabelecimento prisional. Em relação ao preso em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), o direito de visita está restrito a duas pessoas por semana, sem contar as crianças, com duração de duas horas (art. 52, III).

• Também é direito do preso o chamamento nominal, ou seja, o direito de ser chamado pelo nome, e não por um número ou outra forma impessoal. Ademais, é garantido o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Quanto à inviolabilidade da correspondência, vimos, em momento anterior, ser possível a abertura de cartas enviadas ou recebidas pelo preso, independentemente de decisão judicial. Em relação aos telefones celulares, não há dúvida quanto à vedação. No entanto, pergunto: o preso surpreendido com um desses aparelhos, no interior do estabelecimento prisional, pratica algum crime? A resposta é não, por falta de previsão legal, mas a conduta configura falta grave. Por outro lado, se o diretor do presídio ou outro agente público do estabelecimento deixarem de vedar o acesso do preso à comunicação externa, aplicar-se-á o disposto no art. 319-A do CP (prevaricação imprópria).

8. Das faltas disciplinares.

• Em respeito ao princípio da legalidade, não haverá falta e nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar. Não poderia ser diferente, afinal, trata-se de punição imposta pelo Estado ao indivíduo. As faltas podem ser leves, médias e graves, sendo estas previstas na LEP e as duas primeiras em legislação estadual. Muito se discute sobre a possibilidade de a administração carcerária impor, em regulamento, faltas e sanções. Quanto às faltas graves, como

só podem ser estipuladas em legislação federal, não há o que discutir. Todavia, em relação às faltas médias e leves, a LEP autoriza a criação por "legislação local", e há quem entenda que a expressão alcançaria regulamentos administrativos. Para boa parte da doutrina, entrementes, prevalece o entendimento de que administração carcerária não pode regulamentar sobre o assunto.

• As sanções não podem colocar em perigo a integridade física e moral do condenado, o que é óbvio, em respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso, é vedado o uso de "solitária" ou de "cela escura", compartimento que, além do isolamento e da restrição da liberdade, impõe ao preso intenso sofrimento psicológico. Isso não significa, no entanto, que o preso não possa ser colocado em cela individual – esta, aliás, é expressamente prevista no art. 52, II, que regula o RDD. Também são vedadas sanções coletivas. Explico: no âmbito do Direito Penal, é vedada a responsabilidade penal objetiva. Por isso, para a imposição de sanção disciplinar, é preciso demonstrar que o preso efetivamente esteve envolvido na prática da conduta a ser punida. Imagine que a administração carcerária descubra um telefone celular no interior de uma cela. Se identificado o dono do equipamento, é possível puni-lo. Caso contrário, ninguém deve ser punido, não sendo possível a punição de todos da cela, com base na certeza de que a conduta fora praticada por um ou mais dos presos reclusos naquele compartimento.

• São consideradas graves as seguintes faltas, quando praticadas por preso condenado à pena privativa de liberdade: a) incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; b) fugir; c) possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; d) provocar acidente de trabalho; e) descumprir, no regime aberto, as condições impostas; f) inobservar os deveres inerente aos presos; g) ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. É importante ressaltar que o rol do art. 50 é taxativo, sendo vedada qualquer analogia "in malam partem". Também é possível a prática de falta grave pelo condenado à pena restritiva de direitos (veja o art. 51).

• Para a aplicação de sanção disciplinar por falta grave, deve ser assegurado ao preso o direito ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de nulidade. Contudo, questiona-se: é imprescindível a instauração de procedimento administrativo, no âmbito da administração carcerária, para que o preso se manifeste em defesa? Ou o procedimento administrativo pode ser suprido por audiência de justificação da falta grave perante o juízo da execução? Para que o tema fique mais claro, entenda: o poder disciplinar, no âmbito da execução, é exercido pela autoridade administrativa a quem se sujeite o condenado. Portanto, cabe ao diretor do estabelecimento prisional apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave, e aplicar eventual sanção. Contudo, a prática de falta grave gera algumas sanções que só podem ser aplicadas pelo juiz da execução, a exemplo da regressão de regime (art. 118, I), da revogação de saída temporária (art. 125), da perda de dias remidos (art. 127) e da conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, d, e § 2º). Por isso, a LEP determina que, na hipótese de falta grave, o diretor do estabelecimento deve representar ao juiz da execução, para que, eventualmente, sejam aplicadas as sanções de sua competência. O juiz, então, para a regressão do regime, realizará uma audiência de justificação, para que o preso possa se manifestar sobre a suposta falta grave (art. 118, § 1º). Volto, então, ao questionamento inicial: se o preso teve a oportunidade de se defender em juízo, na audiência de justificação, é dispensável o procedimento administrativo? O STJ, no REsp 1.378.557/RS, entendeu pela imprescindibilidade. Quanto à necessidade de defesa técnica, a Súmula Vinculante n. 5 é clara ao afirmar que a "falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Ademais, atenção: pune-se a tentativa de falta com a sanção correspondente à falta consumada.

• Qual é o prazo prescricional para a apuração e sanção de falta grave? Como a LEP não regula o tema, assim disciplina o STJ: "A jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o prazo prescricional para apuração de falta disciplinar grave praticada no curso da execução penal é o previsto no art. 109,

inciso VI, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/2010, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal específico sobre a matéria. Desse modo, tem-se que o prazo prescricional para apuração de falta disciplinar é de 3 (três) anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010, ou 2 (dois) anos se a falta tiver ocorrido antes desta data. No presente caso, a prática da falta grave se deu em 25/11/2009, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei n. 12.234/2010, devendo, portanto, ser observado o prazo prescricional de 2 (dois) anos. Com efeito, a decisão homologatória do processo disciplinar ocorreu somente em 22/8/2012, ou seja, quando já transcorrido prazo superior a dois anos, sendo imperioso reconhecer a prescrição da falta disciplinar objeto da impetração." (HC 295974/SP).

• São sanções disciplinares: a) advertência verbal; b) repreensão; c) suspensão ou restrição de direitos (veja o art. 41, parágrafo único); d) isolamento na própria cela ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; e) inclusão no regime disciplinar diferenciado.

9. Do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

• Em entrevista, um conhecido traficante equiparou o RDD ao inferno. De fato, trata-se de forma mais rigorosa de imposição do regime fechado, mas não um quarto regime, como alguns sustentam. Introduzido pela Lei 10.792/2003, o Regime Disciplinar Diferenciado tem as seguintes características: a) a duração máxima é de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; d) saída diária da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol. O RDD é decretado por decisão judicial, e são necessárias as prévias manifestações do MP e da defesa (STJ, HC 89.935/BA e art. 54, § 2º).

• De acordo com a LEP, em seu art. 52, o RDD será aplicável ao preso, provisório ou condenado, que pratica fato previsto como crime doloso e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas. Os requisitos são cumulativos, não ensejando o RDD a existência isolada de um ou outro. Ademais, também é possível a sua decretação a presos provisórios ou condenados, brasileiros ou estrangeiros, que apresentem alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou quando existirem fundadas suspeitas de envolvimento ou de participação em organização criminosa.

10. Dos estabelecimentos penais.

• Os estabelecimentos penais são destinados ao condenado (regime fechado, semiaberto e aberto), ao internado (medida de segurança), ao preso provisório e ao egresso. Em relação ao último, o único estabelecimento imaginável é aquele do art. 25, II, da LEP. Por segurança, a mulher e o maior de 60 (sessenta) anos devem ser recolhidos separadamente dos demais presos. Além disso, devem ficar separados os presos provisórios e condenados por sentença transitada em julgado. Também devem ser separados presos primários e reincidentes.

• Ademais, os presos devem ser separados de acordo com os seguintes critérios (art. 84): "§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. § 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos

incisos I, II e III. § 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.”.

• Em regra, a pena deve ser cumprida onde o crime foi praticado e o réu condenado. No entanto, é possível a transferência do preso para local diverso, para que, por exemplo, para que fique mais próximo de sua família. Contudo, a segurança pública deve prevalecer em relação aos interesses pessoais do preso. Veja o seguinte julgado: “Muito embora a Lei de Execução Penal assegure ao preso o direito de cumprir sua reprimenda em local que lhe permita contato com seus familiares e amigos, tal garantia não é absoluta, podendo o Juízo das Execuções, de maneira fundamentada, indeferir o pleito se constatar ausência de condições para o acolhimento no estabelecimento prisional pretendido ou a necessidade de submeter o condenado a regime disciplinar diferenciado.” (AgRg no RHC 46314/MS). Portanto, é possível que o preso seja transferido de sua cidade, onde vive sua família, para outro estado, desde que isso ocorra por razões de segurança pública – por exemplo, a transferência de um presídio estadual no Rio de Janeiro para o presídio federal de Rondônia.

• Apesar de estar em desuso, a LEP utiliza o termo penitenciária para denominar o estabelecimento voltado ao cumprimento do regime fechado. Presídio é expressão sinônima. Para o regime semiaberto, o Estado deve manter colônia agrícola, industrial ou similar. Na prática, contudo, é comum inexistir vaga em local adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto. Nesta hipótese, o que fazer? Deve o preso aguardar em regime fechado até que a oportunidade apareça? É claro que não! Não seria justo a ele transferir a responsabilidade por um mal causado por inoperância estatal. É o posicionamento do STJ: “É assente nesta Corte o entendimento que, em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto, deve-se conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vagas no regime apropriado.” (RHC 52321/SP). Para os presos em regime aberto, o Estado deve fornecer a

intitulada “casa do albergado”. No entanto, como o estabelecimento está presente em poucas localidades, o preso em regime aberto acaba por cumprir sua pena em prisão domiciliar. O que era para ser exceção, aplicável somente nas hipóteses do art. 117 da LEP, passou a ser regra. Há, ainda, as denominadas “cadeias públicas”, destinadas a presos provisórios. Como já visto anteriormente, a LEP determina a separação de presos condenados por decisão transitada em julgado daqueles que estão presos cautelarmente.

11. Das penas privativas de liberdade.

• Há dois instrumentos importantes que devem ser conhecidos pelo leitor: o mandado de prisão e o alvará de soltura. É por meio deles que o juiz fará cumprir a sua ordem de prisão ou de soltura de determinada pessoa. Em regra, uma prisão só poderá ser efetuada mediante a expedição do respectivo mandado, exceto na prisão em flagrante. Quanto à soltura, também só é possível mediante a expedição de alvará, salvo hipóteses excepcionais, a exemplo do término do prazo de prisão temporária. Esta exposição foi necessária para a compreensão dos parágrafos a seguir.

• Transitada em julgado a sentença condenatória, estando o condenado solto, deve o juiz expedir mandado de prisão para o seu recolhimento. Somente após efetuada a prisão, deve ser expedida, pelo juiz, a guia de recolhimento para a execução da pena. Uma cópia da guia e das peças que a acompanham deve ser encaminhada à autoridade administrativa onde o condenado está preso. Caso o condenado já se encontre preso por força de prisão preventiva, a guia deve ser expedida imediatamente após o trânsito em julgado.

• Agora, imagine a seguinte situação: o réu permanece preso, preventivamente, até a prolação da sentença condenatória. Como sabemos, a prisão preventiva é aplicada nos moldes do regime fechado. Não conformado com a sentença, ele apela, mas permanece preso cautelarmente, em prisão preventiva, enquanto é decidido o seu recurso. No entanto, com base na pena a ele imposta, e levando-se em

consideração o tempo que está preso, percebe-se ser possível a progressão imediata de regime, do fechado para o semiaberto. Mas, como ainda houve o trânsito em julgado da sentença condenatória, não há como falar em execução penal e seus benefícios. Percebeu a injustiça? O réu, pelo tempo em que se encontra preso preventivamente, faz jus a regime menos gravoso, como o semiaberto, mas, por ter recorrido da sentença, permanece preso cautelarmente, em regime equivalente ao fechado. Melhor seria, então, não ter recorrido e permitido o trânsito em julgado, para gozo imediato de regime menos gravoso. A situação é ainda pior na hipótese em que o réu é condenado, em sentença, ao regime semiaberto ou aberto, mas permanece preso preventivamente, em regime fechado – ou seja, regime mais gravoso do que aquele a ser cumprido em sua condenação. Para que isso não ocorra, é possível a execução provisória da pena, mediante guia de recolhimento, desde que o réu esteja preso, como ocorre na execução definitiva. Nesse sentido, o verbete n. 716 da Súmula do STF: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.". Não por outro motivo, a Lei 12.736/12 promoveu a inclusão do parágrafo segundo ao art. 387 do CPP, com a seguinte redação: "Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.". Portanto, o próprio juiz sentenciante deve impor o regime inicial levando em consideração o tempo de prisão provisória, e, estando o réu preso por tempo suficiente para a progressão de regime, a execução provisória deve ser realizada para que se reconheça o benefício. Por derradeiro, uma observação em relação à execução provisória: se o réu estiver solto, em liberdade provisória, não há razão para a sua aplicação, pois o réu não está sofrendo restrição em sua liberdade. Ademais, extinta a pena por qualquer motivo, o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade, mediante expedição, pelo juiz, de alvará de soltura.

• O art. 108 da LEP traz previsão frequentemente exigida em provas: “O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.”. Perceba que não se trata de inimputável a quem se impõe medida de segurança em “absolvição imprópria”. Na hipótese do dispositivo, o imputável, condenado pela prática de um crime, após o fato delituoso, passa a sofrer de doença mental. Não seria correto mandá-lo para uma prisão durante o período de enfermidade. Por isso, a LEP determina o seu encaminhamento, na condição de internado, a tratamento. Isso não significa, no entanto, que a sua pena privativa de liberdade será convertida em medida de segurança. A sentença condenatória permanece incólume, e, quando curado, o internado volta à condição de preso. Mas, e se a doença for de natureza permanente? Neste caso, aplica-se o disposto no art. 183: “Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.”.

• O juiz, na sentença condenatória, deve impor o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, que pode ser fechado, semiaberto ou aberto. Conforme previsão expressa do CP (art. 33, § 2º), o juiz levará em consideração para a fixação de regime o "quantum" de pena aplicada. Se condenado o réu a mais de 8 (oito) anos, o regime inicial deve ser o fechado. Se não for reincidente, sendo a pena superior a 4 (quatro) anos e não excedendo 8 (oito) anos, o regime inicial deve ser o semiaberto. Por fim, se não reincidente, e sendo a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime inicial deve ser o aberto. A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), em seu art. 2º, § 1º, prevê que a condenação por crime hediondo impõe necessariamente o regime inicial fechado, pouco importando a pena aplicada. Todavia, o STF, ao julgar o HC 111.840/ES, considerou inconstitucional o dispositivo. Portanto, é possível regime inicial diverso do fechado aos crimes hediondos e equiparados, devendo o juiz levar em consideração, para a escolha do regime, o que dispõe o art. 33, § 2º, do CP.

• Na hipótese de mais de uma condenação por crimes diversos, em um mesmo processo ou não, deve o juiz da execução penal somar ou unificar o total das penas para a imposição do regime adequado. A título de exemplo, se condenado o réu a 3 (três) anos, o regime inicial adequado seria o aberto (CP, art. 33, § 2º, c), desde que não reincidente. Contudo, se reconhecido o concurso material (CP, art. 69) com outro delito, cuja pena também seja de 3 (três) anos, o total será de 6 (seis) anos, e o regime aberto já não será adequado, devendo o juiz da execução impor o regime semiaberto (CP, art. 33, § 2º, b). Ademais, é possível a unificação das penas. Exemplo: o réu possui uma dezena de condenações por furto. Se reconhecido o concurso material e somadas as penas, o regime inicial seria fechado, pois o "quantum" seria superior a 8 (oito) anos (a pena mínima do furto é de um ano). No entanto, se reconhecida a continuidade delitiva, deve o juiz aplicar a pena de um único furto, majorada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Considerando que a pena mínima do furto é de 1 (um) ano, jamais chegaria ao "quantum" suficiente para o regime semiaberto ou fechado, devendo o juiz impor o regime aberto. Ademais, se, durante a execução de uma pena, sobrevier uma nova condenação, esta pena ainda não cumprida é somada ao restante da pena já cumprida pela condenação anterior, e, se for o caso, o juiz modifica o regime para que se adeque ao "quantum" da somatória. Exemplo: o condenado cumpriu 8 (oito) anos de uma pena de 10 (dez). Portanto, restam mais 2 (dois) anos. Ocorrendo uma nova condenação a 6 (seis) anos, ocorrerá a soma com os 2 (dois) anos restantes, e não com os 10 (dez) iniciais.

• Em regra, a progressão de regime se dá com 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, seja o condenado primário ou reincidente. No entanto, se a condenação for por crime hediondo, os prazos são outros: cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Quanto ao cálculo, atenção: iniciada a execução em regime fechado, para a próxima progressão, do semiaberto para o aberto, leva-se em consideração o "quantum" de pena cumprido até aquele momento, e não o total inicial. Exemplo: a pena inicial era de 6 (seis) anos, e o condenado é reincidente. Cumprido 1/6 (um sexto) da pena, ou seja, 1 (um) ano, o condenado progride, restando mais 5 (cinco) anos de pena. Para a próxima

progressão, do semiaberto para o aberto, o cálculo deve ser sobre o restante de pena, e não sobre os 6 (seis) anos iniciais. Ademais, além do lapso temporal, a LEP traz um requisito subjetivo: para progredir, o condenado deve ostentar bom comportamento. Portanto, o cumprimento da fração de 1/6 (um sexto) da pena, ou de 2 e 3/5 (dois e três quintos) nos crimes hediondos, não faz com que o condenado automaticamente progrida. Nos crimes contra a administração pública (art. 312 e seguintes do CP), a progressão está condicionada a mais um requisito: a reparação do dano que causou ou a devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

• Questão frequente em prova é a da progressão "per saltum". Explico: surgiu o questionamento sobre a possibilidade de alguém saltar regimes - por exemplo, do fechado para o aberto, sem passagem pelo semiaberto. Como a LEP nada diz a respeito, coube à jurisprudência decidir a celeuma, e o STJ, após reiteradas decisões, editou a súmula n. 491: "É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional.".

• O tempo de progressão volta a correr do zero caso o condenado pratique falta grave. Portanto, se estava próximo de cumprir 1/6 (um sexto), se praticada falta grave, a contagem recomeçará, e o condenado terá de cumprir mais 1/6 (um sexto) da pena restante para progredir. Aliás, seja qual for o instituto, deve-se levar em consideração sempre o quanto o condenado deve, seja o total, se no início do cumprimento, ou o restante, se já cumprida parte da pena. Isso porque, pena cumprida é pena extinta. Em uma pena de 10 (dez) anos, se o condenado já cumpriu 1 (um), a dívida dele será de 9 (nove) anos, e nunca mais os 10 (dez), salvo, é claro, se praticar novo delito, hipótese em que a nova pena será somada à anterior. Além disso, a prática de falta grave é causa de regressão, vista a seguir.

• A regressão é a transferência do preso de um regime menos gravoso para um mais gravoso – por exemplo, do semiaberto para o fechado. Ocorre quando o condenado: a) pratica fato definido como crime doloso ou falta grave: como a LEP fala em "fato definido como crime", não é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória pelo

novo delito para a regressão. A prática de crime culposo ou de contravenção penal não causa a regressão, pois a LEP fala em “crime doloso”. Nesta primeira hipótese, no entanto, a regressão não é automática, e ao preso deve ser dado o direito de defesa; b) sofre condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime: é a situação em que o condenado está em regime semiaberto ou aberto, mas sobrevém sentença condenatória que, com a sua pena, somada à pena do crime anterior, faz com que regime gravoso seja mais adequado. Exemplo: o condenado está em regime semiaberto em razão de uma condenação de 5 (cinco) anos. Posteriormente, é condenado a mais 5 (cinco) anos. Como a soma das penas alcança 10 (dez) anos, o regime semiaberto não é adequado, devendo o preso regredir para o fechado.

• Voltando ao cálculo, uma questão importante: como vimos, em crimes comuns, a progressão se dá com 1/6 (um sexto). Nos hediondos, com 2/5 (dois quintos), se primário, ou 3/5 (três quintos), se reincidente. No entanto, como fica o cálculo quando somadas as penas de um crime comum e de um crime hediondo? Por exemplo: o preso é condenado por roubo simples, que é comum, e por estupro, que é hediondo. Qual fração será adotada para a progressão? Um sexto? Dois quintos? O STJ esclarece o assunto: “Esta Corte possui orientação no sentido de que na execução simultânea de condenação por delito comum e outro hediondo, ainda que reconhecido o concurso material, formal ou mesmo a continuidade delitiva, é legítima a pretensão de elaboração de cálculo diferenciado para fins de verificação dos benefícios penais, não devendo ser aplicada qualquer outra interpretação que possa ser desfavorável ao paciente.” (HC 272405/RJ). Ou seja, primeiro, o condenado cumprirá os 2/5 (dois quintos) ou 3/5 (três quintos) do crime hediondo. Encerrado o cumprimento da fração, deve cumprir mais 1/6 (um sexto) do crime comum, e, só após o cumprimento das duas frações, poderá requerer a progressão.

• O art. 117 da LEP trata do PAD, ou prisão albergue domiciliar. Trata-se de hipótese em que o condenado que cumpre pena em regime aberto é recolhido em prisão domiciliar, e não em casa de albergado, como

impõe a legislação como regra. O benefício é possível: a) ao condenado maior de 70 (setenta) anos; b) ao condenado acometido de doença grave; c) à condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; d) à condenada gestante. Na prática, contudo, o benefício tem sido estendido a outros presos em razão da inexistência de casas de albergados ou por falta de vagas em tais instituições. Quanto ao preso provisório, é possível o recolhimento domiciliar nas hipóteses do art. 317 do CPP.

• Em hipóteses excepcionais, pode o preso deixar o estabelecimento penitenciário. No entanto, não se pode confundir a permissão de saída, regulada nos artigos 120 e 121 da LEP, com o benefício da saída temporária, previsto nos artigos 122 a 125. Na permissão de saída, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto e o preso provisório tem direito a sair, desde que escoltados, nas seguintes hipóteses: a) falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; b) necessidade de tratamento médico, quando não houver tratamento adequado na unidade prisional. Perceba que não se trata de benefício – prova disso é que não há qualquer requisito subjetivo, como bom comportamento, ou requisito objetivo, como tempo de cumprimento de pena. Ademais, não há qualquer efeito em sua pena. A autorização é dada pelo diretor do estabelecimento, não sendo necessária a manifestação do juiz.

• Por outro lado, a saída temporária é benefício, e, como tal, tem alguns requisitos para a sua concessão. São eles: a) comportamento adequado; b) cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; c) compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. O benefício só pode ser concedido ao preso em regime semiaberto, e depende de autorização judicial. A saída temporária tem por objetivo a ressocialização do condenado, e será concedida para os seguintes fins: a) visita à família; b) frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do ensino médio ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; c) participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. A saída temporária pode ser concedida pelo prazo de até 7 (sete) dias, podendo ser renovada 4 (quatro) vezes ao ano. Em se tratando de curso,

entretanto, o prazo pode ser diferenciado, sendo possível, até mesmo, a saída temporária diária durante o período letivo. Ademais, as saídas devem ser autorizadas em intervalos mínimos de 45 (quarenta e cinco) dias – logo, se concedida em um mês, não pode ser novamente permitida no mês seguinte. Por fim, se praticado fato definido como crime ou se punido o condenado por falta grave, bem como se desatendidas as condições do benefício impostas pelo juiz, ou se baixo o aproveitamento do curso, o benefício deve ser revogado.

• Outro importante benefício previsto na LEP é o instituto da remição, que se dá quando o condenado que cumpre pena nos regimes fechado ou semiaberto, por meio de trabalho ou estudo, consegue a redução de sua pena. A contagem se dá da seguinte forma: a) a cada 3 (três) dias trabalhados, 1 (um) é descontado. Como já vimos, a jornada de trabalho do preso deve ser de 6 (seis) até 8 (oito) horas diárias. Caso ultrapasse o limite, as horas a mais serão utilizadas em outro dia de trabalho – por exemplo, se o preso trabalhar 12 (doze) horas em um dia, e sendo a sua jornada de 6 (seis) horas, as horas constituirão dois dias trabalhados, faltando apenas mais um para a remição. Isso se dá de forma excepcional, pois, em regra, para a remição, são considerados dias de trabalho, e não horas. Contudo, não seria justo fazer com que o preso trabalhasse além de sua jornada sem qualquer contraprestação. A remição também pode se dar pelo estudo, que pode ser presencial ou a distância: a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas em 3 (três) dias, 1 (um) dia da pena é descontado. Diferentemente da primeira hipótese, a remição por estudo é calculada com base em horas, e não em dias cheios. O preso em regime aberto não faz jus à remição pelo trabalho, mas é possível o desconto de sua pena pelo estudo (art. 126, § 6º).

• E se o preso trabalhar e também estudar, como é feita a remição? Desde que sejam compatíveis os horários – por exemplo, 6 (seis) horas de trabalho e 4 (quatro) de estudo diárias -, a remição se dará tanto pelo trabalho quanto pelo estudo, separadamente. Seria um verdadeiro desestímulo ao preso a escolha de um ou outro. Caso consiga concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, o tempo de remição será acrescido de 1/3 (um terço). Ou seja, se

estudadas efetivamente 960 (novecentos e sessenta horas), quando concluído o curso, serão acrescidas mais 320 (trezentos e vinte). Trata-se de verdadeira e justa premiação ao preso que se dedicou ao estudo. Ademais, caso o preso fique impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. No entanto, atenção: a incapacidade deve ocorrer quando o preso já trabalhe ou estude. Caso não tenha iniciado essas atividades e se acidente, e em razão disso fique impossibilitado de trabalhar ou de estudar, não fará jus à remição.

• Um tema com grande probabilidade de cair em prova é a perda dos dias remidos na hipótese de punição por falta grave. Pela antiga redação do art. 127, nesta hipótese, o preso perderia todos os dias remidos, pouco importando o tempo trabalhado ou de estudo, o que não é justo. Por isso, em 2011, o dispositivo foi alterado, e, pela redação atual, no caso de falta grave, o preso pode perder até 1/3 (um terço) dos dias remidos. Como o dispositivo fala em "até", a fixação do "quantum" fica a critério do juiz, nos seguintes termos: "No que respeita ao quantum a ser fixado pelo juízo das execuções penais, devem ser levados em conta os critérios estabelecidos no art. 57 da novel legislação, quais sejam: 'a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão', cabendo ao juiz certa discricionariedade." (HC 297.154/SP).

• Por fim, três julgados recentes sobre a remição: a) "Reconhecida falta grave, a perda de até 1/3 do tempo remido (art. 127 da LEP) pode alcançar dias de trabalho anteriores à infração disciplinar e que ainda não tenham sido declarados pelo juízo da execução no cômputo da remição." (Informativo n. 571 do STJ, de 23.10.2015); b) "A atividade de leitura pode ser considerada para fins de remição de parte do tempo de execução da pena." (Informativo n. 564 do STJ, de 22.6.2015); c) "É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa extramuros." (Informativo n. 562 do STJ, de 19.5.2015).

12. Agravo em Execução

É a peça cabível contra todas as decisões do juiz da execução penal. Por isso, considere revogados todos os incisos do art. 581 do CPP que afirmam que, nestas hipóteses, a peça cabível será o RESE (ex.: inciso XII). O agravo em execução está previsto no art. 197 da Lei 7.210/84, e o seu prazo de interposição é de 5 (cinco) dias (STF, Súmula n. 700). A respeito da execução penal, atenção ao que dispõe a Súmula n. 192 do STJ: "Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.". Isso significa que, ainda que a condenação tenha se dado na Justiça Federal, caso o preso cumpra pena em presídio estadual, os pedidos referentes à execução penal serão feitos ao juiz estadual (e vice-versa). Dos recursos com remessa à segunda instância, é o único da fase pós-processual (após o trânsito em julgado da sentença).

Disponível em: https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/310916668/lei-7210-84-resumo-da-lei-de-execucao-penal